

promoting receivables as a means of financing as much as possible, the German rules take their cue rather from social values. It is in this light that von Falkenhayn reads the former differences<sup>20</sup> between the ways in which the question of how a *pactum de non cedendo* impacts upon the debtor/factor relationship used to be answered. Until only a few years ago, a non-assignment clause governed by German law was valid *erga omnes*, but not effective at all under United States law. The solution offered by the Factoring Convention, albeit inspired by the same reasons as apply under United States law, does not go quite so far: it is valid as between the debtor and the assignor. Today, German law has come round to the same position, under certain circumstances at any rate. Does this mean that German policy is changing? Von Falkenhayn claims so and, rightly, approves this choice.

It was the coming into force of the Factoring Convention in Germany that sparked the publication of the aforementioned books, and they will undoubtedly be of help in promoting understanding the Factoring Convention. Nevertheless, they are but one step in the right direction. More work needs to be done.

Franco Ferrari \*

**Andrea BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato.*** Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 33, Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag), 1998, xxvi + 426 pages, ISBN 3 7255 3721 6.

La monographie de M. Andrea Bonomi est issue de la thèse de doctorat sur les règles impératives en droit international privé dans le système de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles soutenue par l'auteur en 1994 à Rome; dans cette monographie l'auteur a étendu le champ de ses recherches aux systèmes de droit international privé suisse et italien. Le livre se subdivise essentiellement en trois chapitres. Le Chapitre premier traite des règles impératives en droit positif; le Chapitre deux est consacré à la détermination d'un concept positif de règle impérative et le Chapitre trois traite des règles impératives étrangères.

Comme la distinction entre règle impérative de la loi du for et règle impérative étrangère le montre bien, la perspective de l'auteur est limitée aux systèmes de droit international privé étatiques; elle exclut la problématique, plus récente et controversée, du statut du droit impératif devant l'arbitre international.

Avant de décrire et de discuter les idées principales de l'ouvrage, il convient d'en énoncer les caractéristiques. Sur le plan formel, il s'agit d'une étude fouillée, rédigée de manière méticuleuse dans un langage clair. Sur le plan matériel, il s'agit d'une étude essentiellement conceptuelle, axée sur la doctrine davantage que sur la jurisprudence, largement fondée sur une conception classique, pour l'essentiel kégelienne, du droit international privé.

Le Chapitre premier, consacré au statut du droit impératif dans le droit international privé positif, se fonde sur une acception étendue du droit positif. A côté de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la Convention de la Haye sur le trust, la loi italienne et la loi suisse sur le droit international privé, l'auteur y examine également la position du droit impératif dans la doctrine, dans une section à

<sup>20</sup> I.e. until the reform of the German Commercial Code in 1994.  
\* Professor of Law, Bologna University (Italy).

part. Les normes contractuelles représentent la partie largement prédominante de la contribution de l'auteur, la Convention de La Haye sur le trust faisant simplement l'objet d'indications générales.

La première section du Chapitre premier est consacrée aux règles du droit positif. Pour la Convention de Rome, les deux hypothèses du choix du statut contractuel par les parties (art. 3) et celle de l'absence de choix (art. 4) sont distinguées.

S'agissant de l'hypothèse du choix de la loi applicable par les parties, l'auteur discute de manière détaillée le cas du choix de la loi applicable pour des contrats purement internes; il en admet en principe l'admissibilité dans le cadre de l'art. 3 al. 3 de la Convention.

La discussion des rattachements objectifs fondés sur la présomption du domicile du débiteur de la prestation dite caractéristique du contrat porte sur la question de savoir si la clause d'exception figurant à l'art. 4 al. 5 de la Convention peut être mise en œuvre en tenant compte de la présence d'une norme impérative qui inclut le contrat en question dans son champ d'application. En préconisant une solution privilégiant la prévisibilité du droit et l'uniformité dans l'application de la Convention et en s'inspirant de la jurisprudence allemande, hollandaise et luxembourgeoise, l'auteur se prononce contre une telle possibilité; les règles impératives ont ainsi un statut qui est en principe entièrement dissocié de la détermination du lien le plus étroit. L'exception de l'art. 4 al. 5 de la Convention est dès lors mise en œuvre dans la conception de l'auteur pour écarter uniquement une loi dont l'application serait contraire à l'expectative des parties, conception du rattachement qui paraîtra quelque peu formelle à certains compte tenu du courant doctrinal qui a préconisé, particulièrement en Allemagne et en Suisse et à notre sens de manière convaincante, des solutions permettant d'intégrer la prise en considération de la volonté d'application des règles de droit matériel dans le cadre d'un rattachement ordinaire.

La deuxième section du Chapitre premier traite des lois d'application immédiate dans le développement doctrinal européen et nord-américain et prend comme point de départ la conception du droit international privé de F. K. VON SAVIGNY. L'auteur retrace l'évolution historique de la pensée jusqu'à la conception devenue classique de l'exception d'ordre public dotée d'une fonction purement négative, puis il rappelle la doctrine allemande (NEUMAYER, WENGLER) au sujet de l'application du droit impératif d'un Etat tiers et il termine son exposé par un bref coup de projecteur à la doctrine nord-américaine, qu'il compare enfin brièvement aux développements européens modernes et contemporains.

La troisième section du Chapitre premier traite des "lois d'application immédiate dans la jurisprudence italienne précédant la réforme du droit international privé". L'auteur y discute certaines dispositions du Code civil italien auxquelles la jurisprudence a reconnu la nature d'application nécessaire. L'auteur souligne au terme de son inventaire, en l'approuvant, la retenue que la jurisprudence italienne s'est imposée jusqu'à ce jour en la matière, tout en relevant que la nature d'application immédiate découle, pour d'autres normes, de la délimitation du champ d'application des règles de droit substantiel prévue par une règle expresse de la loi. L'auteur y ajoute les dispositions auxquelles la jurisprudence a de fait reconnu le caractère d'application immédiate sans le déclarer expressément.

La quatrième et dernière section du Chapitre premier traite de "l'influence du droit communautaire sur la catégorie de règles d'application immédiate" sous l'angle de quatre points, à savoir (1) l'application de règles communautaires d'application immédiate, (2) l'application de règles d'application immédiate nationales représentant la mise en œuvre d'une réglementation communautaire, particulièrement d'une Directive, (3) l'influence du droit communautaire sur la qualification de règle d'application immédiate dans le droit

interne des Etats membres et enfin (4) les limitations que le droit communautaire peut poser au domaine d'application extraterritorial de règles d'application immédiate d'un Etat membre.

Le premier point est le moins problématique, comme l'auteur le relève: dès lors qu'une règle matérielle de source communautaire délimite son champ d'application dans l'espace de manière unilatérale de telle sorte qu'elle s'applique sans égard à la loi que les règles de conflit de lois rendent applicable à une relation juridique particulière, cette norme est en principe applicable devant les tribunaux de tous les Etats membres en vertu de l'art. 7 al. 1er de la Convention de Rome. L'auteur cite en exemple l'art. 85 du Traité de Rome (art. 81 du Traité d'Amsterdam).

Quant au deuxième point, ce sont le législateur national et, à défaut, l'interprète, qui sont appelés à déterminer la nature d'application immédiate de la réglementation nationale d'application; le législateur national est toutefois lié par la règle communautaire déterminant le champ d'application dans l'espace d'une Directive. L'auteur examine très brièvement la question de savoir si un Etat membre peut recourir à la technique du droit impératif ou de la loi d'application immédiate pour imposer l'application de sa propre loi à l'encontre de celle d'un autre Etat membre laquelle est conforme à la réglementation communautaire à laquelle un Etat communautaire est tenu de donner effet, et il se prononce négativement. Est également discutée la question de savoir comment les tribunaux d'un Etat membre ayant donné effet à la réglementation communautaire sur un point donné peut traiter la loi d'un Etat membre qui n'a pas encore donné effet à la réglementation communautaire (ou qui lui a donné effet de manière incomplète). Il est permis de regretter que ces questions, relatives à un sujet en pleine mouvance, soient discutées très brièvement et de manière purement abstraite.

Le quatrième et dernier point a trait aux limitations que le droit européen peut poser au champ d'application extraterritorial de la législation impérative des Etats communautaires. Une réglementation équilibrée des relations internationales ne saurait en effet se réduire à la simple constatation de l'emprise croissante de l'interventionnisme étatique (et communautaire). Il convenait dès lors de poser la question de savoir si le droit européen, et en particulier les objectifs d'inspiration libérale de la libre circulation des personnes, services, et marchandises, ne dictent pas également des limites au droit des Etats communautaires d'édicter des règles impératives, comme une certaine doctrine l'a proposé. L'auteur voit à la fois la légitimation et les limites à l'activité législative des Etats de la Communauté en matière de droit impératif dans l'art. 36 du Traité de Rome (art. 30 du Traité d'Amsterdam), auquel il ajoute le principe de la proportionnalité, si bien que la règle impérative édictée par le législateur d'un Etat communautaire mais non conforme au droit européen ou dont le champ d'application serait excessif ne saurait être appliquée devant les tribunaux d'un autre Etat communautaire.

Le Chapitre deux est entièrement consacré à la "détermination d'un concept positif de règle d'application nécessaire" et se subdivise en cinq sections. Les critères de la règle d'application immédiate dégagés par l'auteur sont au nombre de trois, à savoir (1) le caractère internationalement impératif de la règle matérielle en question, (2) le champ d'application dans l'espace de cette règle est déterminé en dérogation à celui qui lui serait dévolu par la règle de conflit de lois ordinaire du système de droit international privé de l'Etat d'origine, (3) cette dérogation est dictée par l'objet et le but poursuivi par la règle matérielle en question. L'importance accordée au deuxième critère amène l'auteur à affirmer que lorsqu'une règle impérative est déjà applicable en vertu d'une règle de conflit de lois qui rend applicable la loi du for, la question de savoir si cette règle est d'application immédiate ne se pose pas.

Si cette observation peut être justifiée tant que la règle impérative en question est observée du point de vue de l'Etat qui l'a édictée, il n'en va plus de même lorsque la même règle est observée du point de vue d'un Etat tiers, ce que l'auteur nie en affirmant qu'une règle internationalement impérative dont le critère d'application dans l'espace se résorbe dans une règle bilatérale ou unilatérale n'est pas susceptible d'être appliquée dans un Etat tiers en vertu de l'art. 7 de la Convention de Rome.

La construction de l'auteur est à bien voir, fondée sur la conception de la règle d'application immédiate issue de la doctrine des années 40 (WENGLER, NEUMAYER) et 50 (FRANCESKAKIS); depuis, le législateur national, constatant la présence de règles internationalement impératives dans la plupart des ordres juridiques, a pu formuler de nouvelles règles de conflit de lois bilatérales, capables de mieux respecter le champ d'application dans l'espace revendiqué par certaines règles impératives: la construction de l'auteur ne s'accommode pas sans difficultés de cette évolution législative. Le droit international privé suisse, que l'auteur a choisi d'inclure dans son étude, est l'un de ceux qui expriment clairement cette évolution de la loi d'application immédiate vers la nouvelle règle bilatérale, et il conviendrait à notre sens de réfléchir à la signification, à la mesure et aux effets de cette apparente "récupération" de certaines règles impératives par la règle bilatérale ainsi qu'aux effets que cela peut avoir sur la conception de la règle bilatérale elle-même.

Le législateur suisse a entièrement supprimé l'autonomie de la volonté en matière de contrats conclus par un consommateur (art. 120 LDIP). Le simple fait que les règles protégeant le consommateur domicilié en Suisse sont applicables devant le juge suisse en vertu d'une règle de rattachement ordinaire ne saurait à notre sens à lui seul autoriser la conclusion que les règles suisses protégeant le consommateur ne sont pas internationalement impératives, ce que l'auteur semble reconnaître dans un autre contexte. Déduire de l'existence d'une règle formellement bilatérale que les règles matérielles dont celle-ci détermine le champ d'application dans l'espace ne sont pas internationalement impératives est à notre sens une approche formaliste, que l'auteur soutient pour les règles italiennes protégeant le travailleur, qui ne seraient selon M. Bonomi plus "d'application immédiate" au motif que leur application résulte désormais de l'art. 6 de la Convention de Rome. La distinction que l'auteur fait entre une règle d'application immédiate telle qu'il la définit et une règle telle que l'art. 5 de la Convention de Rome se fonde sur la nature limitée de l'intervention d'une règle impérative, qui se limite à se superposer au statut contractuel, alors qu'une règle telle que l'art. 5 de la Convention détermine ce statut dans son ensemble.

L'auteur mentionne le troisième critère en guise de justification du champ d'application dans l'espace revendiqué par la règle matérielle d'application immédiate; il est hostile - à notre sens, avec raison - à toute tentative de définir les règles d'application immédiate en recourant à des critères abstraits tenant soit à l'objet ou à la nature de la réglementation matérielle en question soit à l'objectif poursuivi par le législateur.

Sur le plan de la procédure civile internationale l'auteur rejette les suggestions d'une partie de la doctrine allemande et suisse qui ont récemment proposé une adaptation des règles en matière de reconnaissance des décisions étrangères lorsque celles-ci ont appliqué (ou refusé d'appliquer) une règle d'application immédiate, en ce sens que l'examen du juge de l'Etat requis devrait aller au-delà de la vérification de la compatibilité de la décision étrangère avec l'exception d'ordre public du for et devrait comporter une exception au principe de l'interdiction de la révision au fond; il est permis de regretter que ces suggestions novatrices aient fait l'objet d'une discussion aussi brève.

Le troisième et dernier Chapitre est consacré aux lois d'application immédiate étrangères et il consiste en six sections.

Dans la première section du Chapitre trois l'auteur fait l'inventaire des modèles théoriques et des solutions du droit positif en matière d'application des règles impératives étrangères. Les deux principaux modèles discutés sont celui de l'application du droit impératif de la loi du contrat (le cas échéant complété par la prise en considération du droit impératif d'un Etat tiers par le biais des règles de droit substantiel du statut contractuel) d'une part, et, d'autre part, celui du rattachement spécial du droit impératif, dont les avantages et désavantages respectifs sont minutieusement soupesés. L'art. 7 de la Convention de Rome est analysé comme l'une des manifestations du courant de pensée ayant donné naissance à la théorie de la "Sonderanknüpfung" dans les années 40.

Alors que le respect du champ d'application revendiqué par les règles impératives est érigé en véritable critère d'application du droit impératif pour les règles de la *lex fori* et celles d'un Etat tiers, il cesse d'être un critère d'application pertinent pour les règles impératives qui relèvent du statut contractuel, dont l'application est admise du simple fait qu'elles relèvent de la loi applicable en vertu de l'art. 3 ou 4 de la Convention. L'auteur voit bien les dangers de l'aboutissement de cette proposition, dont il limite les effets en admettant que l'application du droit impératif de la *lex causæ* sera en tout cas limitée aux situations auxquelles ce droit impératif entend être appliqué selon ses propres critères d'application dans l'espace, et non pas au-delà.

La deuxième section du Chapitre trois illustre les précédents et les règles positives en matière d'application du droit impératif étranger. La pratique des tribunaux hollandais, allemands, français, anglais, nord-américains et suisses y est résumée et les dispositions relatives à l'application du droit impératif étranger y sont passées brièvement en revue.

La troisième section du Chapitre trois compare la technique conflictuelle avec les techniques permettant la prise en considération de règles impératives étrangères dans le cadre des règles du droit matériel applicable (licéité et moralité du contrat, impossibilité d'exécution, etc.). L'auteur s'exprime en principe en faveur de la coexistence de la méthode conflictuelle avec la méthode matérielle lorsque la disposition impérative étrangère est à l'origine d'une impossibilité d'exécution, mais non pas lorsque la violation de cette disposition rend le contrat en question contraire aux bonnes mœurs; l'appréciation de l'aptitude de la méthode matérielle à produire des résultats satisfaisants est toutefois jugée de manière globalement négative. Les conclusions de l'auteur sont proches de celles de la majorité des internationalistes de droit privé, et l'auteur passe pudiquement sous silence le fait que la grande majorité des civilistes, en tout cas en Suisse, continuent de traiter les clauses générales du droit des contrats (licéité, moralité, impossibilité) en ignorant purement et simplement l'art. 19 LDIP. L'auteur estime, non sans optimisme, que la question a perdu de l'intérêt, notamment en raison de l'entrée en vigueur de l'art. 19 LDIP en Suisse; il n'est cependant pas certain que la question de savoir si la prise en considération d'une règle internationalement impérative et de ses effets en Suisse dépend d'une simple règle matérielle du droit des contrats ou d'une règle de droit international privé (ou des deux, dans des mesures différentes) soit sans intérêt, particulièrement du point de vue d'un juge étranger.

La quatrième section du Chapitre trois est consacrée au fondement des règles de conflit permettant l'application du droit impératif étranger.

La cinquième section du Chapitre trois traite des conditions et des effets de l'art. 7 de la Convention de Rome et de l'art. 19 LDIP.

S'agissant de la nature d'application immédiate de la règle étrangère en question, l'auteur conclut à juste titre que si la preuve de cette nature de la règle étrangère n'est pas

rapportée, la règle ne peut être appliquée en vertu de l'art. 7 de la Convention; les aspects relatifs à la preuve du droit étranger sont traités de manière fort succincte. En droit suisse, la distinction clé à cet effet est celle entre matière patrimoniale et matière non patrimoniale, le juge suisse étant tenu d'établir le contenu de la loi étrangère d'office dès que la règle étrangère est applicable en matière non patrimoniale (art. 16 LDIP); la qualification de la demande en justice sera déterminante à cet égard.

Quant à la détermination du lien étroit requis par l'art. 7 de la Convention et l'art. 19 LDIP, la critique que l'auteur réserve à une partie de la doctrine en observant que celle-ci aurait contribué à créer un certain degré d'incertitude autour de ce concept paraît excessivement sévère. Surtout pour la règle suisse, qui n'appelle pas une interprétation uniforme de la même manière que l'art. 7 de la Convention de Rome, force est bien de constater qu'elle fait appel à une notion juridique imprécise qu'il appartient au juge de concrétiser; même si la doctrine unanime avait fait des suggestions en la matière, cela n'eût pas déchargé le juge suisse de son devoir d'apprécier de cas en cas (art. 4 CCS). Il est quelque peu oiseux à notre sens de s'interroger sur la nature du "lien étroit" exigé par ces règles de manière purement abstraite, sans avoir à l'esprit une règle impérative particulière dans un état d'espèce particulier, alors qu'il paraît plus fructueux de s'interroger sur la nature du "lien étroit" à propos de catégories particulières de règles impératives, telles les règles sur la concurrence, le contrôle des changes etc.

L'auteur se penche également sur le pouvoir discrétionnaire que l'art. 7 de la Convention de Rome et l'art. 19 LDIP confèrent au juge. L'art. 19 al. 2 LDIP ne commande toutefois pas au juge de décider simplement de manière "équitable", mais "d'arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit". Il est permis de déduire de la formulation quelque peu laborieuse de l'art. 19 LDIP que le législateur suisse a eu en vue une notion différente de l'équité, inscrite à l'art. 4 CCS et destinée à permettre au juge de trancher les conflits entre des intérêts purement privés, et qu'il a entendu se référer de manière générale à la réglementation satisfaisante des relations privées internationales. L'auteur estime que les intérêts de l'une des parties (comme les versions italienne et allemande de l'art. 19 le prévoient) ne sauraient par ailleurs être déterminants dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge.

Le Chapitre trois se termine par une sixième section consacrée au droit impératif étranger en dehors du domaine des contrats.

La belle monographie de Andrea Bonomi a une caractéristique qui en fait paradoxale-ment en même temps la force et la faiblesse: c'est une étude fondamentale, qui essaie ambitieusement, et, dans l'ensemble, avec succès, de présenter à la fois le fondement des règles de conflit novatrices inscrites à l'art. 7 de la Convention de Rome et à l'art. 19 LDIP ainsi que leur mise en œuvre; c'est toutefois le traitement du premier aspect qui représente le cœur véritable de l'ouvrage. Le lecteur appréciera non seulement l'approche comparative systématique à laquelle Andrea Bonomi est attaché, mais également l'analyse parfaitement équilibrée d'un sujet encore controversé et ayant suscité des contributions aux tons peu détachés dans un passé encore récent.

*Paolo Michele Patocchi \**

---

\* Avocat, *Lenz & Staehelin*, Genève; Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève (Suisse).